

WYROK

z 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 12 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2021 r. przez M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MR SYSTEM M. L. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
 - 1.2 odrzucenie oferty złożonej przez K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Salon Zabezpieczeń W. K. z siedzibą w Warszawie,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od zamawiającego: Narodowego Banku Polskiego z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MR SYSTEM M. L. z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu

od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Modernizacja Systemu Sygnalizacji Pożaru w obiekcie Oddziału Okręgowego NBP w Olsztynie przy al. Piłsudskiego”, numer: SEZ/DKRZ-WPI2-MB-241-0160/OOolsz/21, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 lipca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00123987/01.

13 września 2021 r. wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MR SYSTEM M. L. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp, art. 239 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Salon Zabezpieczeń W. K.

z siedzibą w Warszawie (dalej: PHU Salon), a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przywołanych przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
2. odrzucenia oferty złożonej przez PHU Salon,
3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z informacją z 17 sierpnia 2021 r. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 1 296 196,79 zł brutto. Mając na uwadze fakt, że PHU Salon złożył ofertę z ceną o ponad 43 % niższą od ww. kwoty Zamawiający na podstawie 224 ust. 1 i 2 Pzp, pismem z 25 sierpnia 2021 r. wezwał ww. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i jej istotnych elementów składowych.

W odpowiedzi PHU Salon złożył wyjaśnienia w piśmie z 29 sierpnia 2021 r. Analiza złożonych wyjaśnień wskazywała na rażąco niską cenę oferty. Wykonawca mimo szczegółowego wezwania nie złożył wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Wyjaśnienia nie potwierdzały, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów realizacji robót określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia były jedynie ogólnymi stwierdzeniami, częściowo popartymi dowodami, odnoszącymi się tylko do części istotnych elementów kosztowych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji ceny oferty uwzględniającej poszczególne koszty realizacji koniecznych

do wykonania robót wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca PHU Salon w złożonych wyjaśnieniach zaniechał również określenia założonego zysku jaki miałby uzyskać z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Całość złożonych wyjaśnień sprowadzała się do wskazania trzech ogólnych sum dotyczących kosztów części materiałów, kosztów części koniecznych do wykonania usług na podstawie przedstawionej oferty oraz przyjętych szacunkowych kosztów wykonania Systemu SSP.

Przedmiotem zamówienia będzie wykonanie Systemu Sygnalizacji Pożarowej w obiekcie Oddziału Okręgowego NBP w Olsztynie. Zakres robót obejmował będzie m.in.:

- a) demontaż starych urządzeń i okablowania,
- b) zabezpieczenie zdemontowanych urządzeń i utylizacja,
- c) zabezpieczenie nieużywanych/niewykorzystywanych obwodów elektrycznych,
- d) wykonanie nowej instalacji SSP, dla budynku Zamawiającego,
- e) dostawa i montaż części mechanicznej SSP oraz systemu centrali sygnalizacji pożaru,
- f) oprogramowanie systemu,
- g) konfiguracja systemu wizualizacji ZEW2020,
- h) uruchomienie i sprawdzenie działania systemu,
- i) wykonanie dokumentacji powykonawczej Systemu,
- j) szkolenie osób wskazanych przez Zamawiającego w zakresie obsługi Systemu,
- k) świadczenie okresowych przeglądów gwarancyjnych i konserwacji, wykonanego - w ramach modernizacji Systemu Pożaru, Dźwiękowego Systemu Ostrzegawczego i Systemu Wentylacji Pożarowej.

Złożone przez PHU Salon wyjaśnienia ceny oferty nie uwzględniały w szczególności kosztów zakupu części urządzeń dotyczących systemu SSP. Przedstawiona jako dowód do wyjaśnień oferta cenowa firmy POLON-ALFA z 5 sierpnia 2021 r. nie zawierała niektórych urządzeń koniecznych do wykonania systemu SSP zgodnie opisem przedmiotu zamówienia, w tym:

1. Naklejki redukcyjnej na otwór 3,8 mm,
2. Naklejki redukcyjnej na otwór 4.4 mm,
3. Ruły PVC 25 x 1,9 mm, szarej, w odcinkach 2m, oraz szeregu innych elementów.

Załączona do wyjaśnień PHU Salon oferta firmy OSTOYA Data System Sp. z o.o. dotyczyła tylko rozbudowy systemu wizualizacji o nowy system pożarowy. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oprócz systemu wizualizacji wykonawca zobowiązany będzie również zaprogramować, uruchomić i przetestować nowy system SSP, co będzie musiało zostać wykonane przez programistę SSP. Wykonawca podał jedynie koszt wykonania systemu,

ale nie wykazał kosztów jego zaprogramowania;

W wyjaśnieniach złożonych przez PHU Salon nie została poruszona również kwestia m. in.:

1. wynagrodzenia projektanta dokumentacji powykonawczej — zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest przed odbiorem robót wykonać i przekazać Zamawiającemu dokumentację powykonawczą, dla wykonania której konieczne jest uprzednie uzgodnienie z rzeczoznawcą ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych,
2. koniecznych do poniesienia kosztów związanych z realizacją robót dotyczących demontażu okablowania (poz. 7 d. 1 przedmiaru robót), uzupełnienia tynków zwykłych wewnętrznych kat. III o pow. do 5 m² z zaprawy cem.-wap. na ścianach ceramicznych, betonowych, z płyt wiórowocementowych, zagruntowanych siatkach (poz. 8 d. 1 przedmiaru robót) oraz dwukrotnego malowania tynków wewnętrznych

ścian i sufitów farbą emulsyjną z przygotowaniem powierzchni (poz. 9 d. 1 przedmiaru robót),

3. kosztów materiałów instalacyjnych — załączone do wyjaśnień oferty nie zawierały materiałów instalacyjnych koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SWZ,
4. kosztów pracy sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia,
5. kosztów pośrednich ponoszonych przez wykonawcę związanych z działalnością produkcyjną na budowie oraz z zarządzaniem przedsiębiorstwem;
6. kosztów świadczenia okresowych przeglądów gwarancyjnych i konserwacji.

W ocenie Odwołującego PHU Salon składając częściowe, ogólnikowe wyjaśnienia ceny złożonej oferty nie sprostął obowiązkowi złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich istotnych elementów składowych przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji stanowiło o konieczności odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

12 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wskazał m. in.:

Wykonawca PHU Salon przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, iż wartość złożonej oferty

i jej wysokość wynikała przede wszystkim z otrzymanego rabatu na średnim poziomie ok. 45%

na zakup wszystkich urządzeń. Potwierdzeniem tej tezy były dołączone do wyjaśnień:

- a) Oferta nr 43/MZ/2021 firmy Ostoya na kwotę 50 140 zł netto,
- b) Oferta handlowa PA_AGR 21145_WARDCOM NBP kwotę 393 199 zł i zrabatowaną na poziomie 44,9%,
- c) Informacja o kosztach pracowników na poziomie 180 000 zł netto.

Powyższe informacje dotyczyły kwoty 450 tys. zł netto — tj. ok. 550 tys. zł brutto. Główne elementy cenotwórcze zostały uwzględnione w treści wyjaśnień.

Odnośnie zarzutu braku udowodnienia poszczególnych kosztów wymienionych w treści odwołania Zamawiający wskazał m. in.:

1. Koszty zakupu urządzeń dotyczących systemu SSP - będą to w dużej mierze elementy montażowe, które nie będą stanowiły istotnej pozycji kosztowej,
2. Koszt programistów ujęty w ofercie formy Ostoya — brak było obowiązku wykazania takiej pozycji,
3. Wynagrodzenie projektanta dokumentacji powykonawczej — zgodnie z art. 22 Ustawy Prawo Budowlane odpowiedzialny za prowadzenie i przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego jest odpowiedzialny Kierownik Budowy. Samego zaś sprawdzenia dokonuje inwestor i zatrudniony przez niego Inspektor nadzoru,
4. Prace związane z wykończeniem po demontażu okablowania — prace proste, naprawcze stanowiły mało istotny czynnik cenotwórczy,

Cena oferty PHU Salon to 736 032,00 zł, w tym wykonanie modernizacji Systemu Sygnalizacji Pożaru - 674.040,00 zł, a wykonywanie przeglądów i konserwacji Systemów Sygnalizacji Pożaru - 61.992,00 zł. Oznaczało to, iż po odjęciu dominujących kosztów wykonawca dysponował kwotą ok. 120 000 zł na wykonanie powyższych kosztów/poniesienie wydatków.

Wyjaśnienia złożone przez PHU Salon rozwiały wątpliwości zamawiającego i obaliły domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

W postępowaniu oferty złożyli:

1. Elnet Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie - cena: 970 629,90 zł,
2. PHU Salon - cena: 736 032,00 zł,
3. Odwołujący - cena: 796 746,82 zł,
4. Strażak P. Ż., R. J. Sp. j. z siedzibą w Warszawie - cena: 958 908,00 zł,
5. Atrem S.A z siedzibą w Bydgoszczy - cena: 1 253 387,00 zł.

Zamawiający poinformował przy tym wykonawców, że na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył 1 296 196,79 zł brutto.

Zgodnie z Uszczegółowieniem formularza ofertowego (załącznik do oferty wykonawcy PHU Salon zgodny z załącznikiem nr 4 do SWZ) PHU Salon wskazał następujące ceny częściowe składające się na cenę całkowitą:

1. wykonanie modernizacji Systemu Sygnalizacji Pożaru - 674 040,00 zł,
2. wykonywanie przeglądów i konserwacji Systemów Sygnalizacji Pożaru - 61 992,00 zł.

25 sierpnia 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawcy PHU Salon wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający w następujący sposób określił zakres wyjaśnień:

„(...) zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przedstawiona w Państwa ofercie cena wydaje się Zamawiającemu rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i jej składowych w szczególności, w zakresie:

- 1) wyliczenia ceny oferty - prosimy o określenie jakie czynniki mają wpływ na zaferowanie przez Państwa ceny za wykonanie modernizacji Systemu

Sygnalizacji Pożaru, oraz wykonywanie przeglądów i konserwacji Systemów Sygnalizacji Pożaru;

- 2) określenia kosztów demontaż, kosztów dostawy oraz kosztów montażu systemu przeciwpożarowego, w budynku Oddziału Okręgowego NBP w Olsztynie przy al. marsz. J. Piłsudskiego 11/17;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 5) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych (w tym obejmujących dostaw i usługi składające się na wykonanie zamówienia)".

W odpowiedzi, 29 sierpnia 2021 r. wykonawca PHU Salon wskazał:

„W związku z otrzymaniem wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonej Oferty z dn. 16.08.2021 r. informujemy iż:

1. Oferta została wykonana w oparciu o ilości i typy urządzeń zawartych w załączony do SWZ przedmiarze.
2. Wartość oferty cenowej została wyliczona na podstawie otrzymanej oferty na zakup urządzeń od producenta i dystrybutora firmy POLON-ALFA z dn. 05.08.2021 r. (w załączeniu oferta cenowa PA_AGR_21145). Przyjęto szacunkowy koszt zakupu urządzeń z ich dostawą na poziomie 220.000,00 zł netto ze względu na możliwość zmian ilościowych.
3. W ofercie cenowej została wliczona wartość prac które zostaną zlecone podwykonawcy w zakresie wykonania wizualizacji systemu SSP firmie OSTOYA Data system Sp. z o.o. z dn. 28.07.2021r. (w załączeniu oferta cenowa OF43MZ2021). Przyjęto szacunkowy koszt podwykonawstwa na poziomie 51 000,00 zł netto.
4. W ofercie cenowej przyjęto stawki roboczogodzin są prawie dwukrotnie wyższe od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Przyjęto szacunkowy koszt wykonania Systemu SSP dla 6 osób przez okres 3 miesięcy na poziomie 180 000,00 zł netto.
5. Wybrane i zaoferowane rozwiązania techniczne są standardowymi rozwiązaniami dla tego typu systemu zabezpieczeń.

Wartość złożonej OFERTY i jej wysokość, która jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia, wynika przede wszystkim z otrzymanego rabatu na średnim poziomie ok 45% na zakup wszystkich urządzeń. W przypadku innych zamówień wartość otrzymywanych średnich rabatów oscylowałyby na poziomie ok 15% i w takim wypadku również Nasza oferta byłaby o ok 130.000,00 zł netto wyższa".

Do wyjaśnień wykonawca PHU Salon załączył następujące dokumenty:

5. Oferta handlowa wykonawcy Polon-Alfa S.A. z siedzibą w Bydgoszczy złożona wykonawcy PHU Salon; oferta dotyczyła dostawy sprzętu i materiałów na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia i opiewała na kwotę 216 606,00 zł netto, przy uwzględnieniu udzielonego na rzecz PHU Salon rabat w wysokości 44,91%; wraz z ofertą złożone zostało tabelaryczne zestawienie oferowanego asortymentu (49 pozycji).
6. Oferta handlowa spółki OSTOYA-DataSystem Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku; przedmiotem oferty były:
 - a) Licencja systemu ZEW2020 na obsługę systemu Polon6000 - protokół modbusIP,
 - b) Opracowanie kompletu map synoptycznych,

- c) Opracowanie bazy danych w zakresie elementów SSP,
- d) Prace w obiekcie związane z wprowadzeniem rozszerzenia i testami funkcjonalnymi

w obiekcie - trzydniowy pobytu zespołu serwisowego.

Łączna wartość oferty wynosiła 50 140 zł netto.

7 września 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy PHU Salon.

W ocenie Izby powyższa decyzja Zamawiającego nie była prawidłowa.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 Pzp stanowi natomiast, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny oferta wykonawcy PHU Salon podlegała odrzuceniu. W treści wezwania Zamawiający jasno określił jakie elementy ceny oferty PHU Salon w szczególności budzą wątpliwości. Zamawiający oczekiwał zatem wyjaśnienia ceny oferty m. in. w zakresie kosztów demontażu oraz wykonywania przeglądów i konserwacji Systemów Sygnalizacji Pożaru. Na pytania dotyczące tych kwestii wykonawca PHU Salon w ogóle nie odpowiedział.

W toku rozprawy Zamawiający nie był w stanie w sposób jednoznaczny wskazać w której z wyjaśnionych przez PHU Salon kategorii kosztów umieszczone zostały koszty nieujętych w wyjaśnieniach elementów przedmiotu zamówienia.

W tej sytuacji nie ma znaczenia, że na pozostałą część pytań wykonawca PHU Salon odpowiedział w sposób adekwatny do treści wezwania oraz załączył dokumenty wystarczające

do uznania, że odpowiedzi na pytania Zamawiającego zostały poparte dowodami. Dla wypełnienia obowiązku dowodowego ciężącego na wykonawcy w myśl art. 224 ust. 5 Pzp niezbędne jest udzielenie należytych i wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania dotyczące ceny oferty. Wykonawca PHU Salon nie odpowiedział

na część zadanych mu pytań, co w konsekwencji obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SWZ z załącznikami,
2. Informacji z otwarcia ofert,
3. Ofert złożonych w postępowaniu ze szczególnym uwzględnieniem oferty wykonawcy PHU Salon,
4. korespondencji Zamawiającego i wykonawcy PHU Salon w zakresie dotyczącym wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy,
5. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).